الإفاقة كسبب من أسباب حل الرابطة الزوجية "دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي"

The Recovery, As a Reason for the Dissolution of the Marriage "A legal Study Compared with Islamic Jurisprudence"

م م. وئام الدباغ

كلية صدر العراق

الجامعة، قسم القانون

الكلمات الافتتاحية :

الإفاقة، الجنون، ولاية الإجبار، فسخ الزواج، خيار الإفاقة.

Keywords :

Recovery, insanity, forced mandate, dissolution of marriage, recovery option.

Abstract: First of all, the dissolution of the marriage can take place, due to the awakening of one of the spouses from insanity or similar conditions of marriage of the guardian or the one who takes his place for the insane, by giving him the option, when he recovers, to sign or annul the marriage contract, and if it is annulled, the marriage contract is annulled and dissolved The wife's bond, and separation between the spouses is required, and this option entails many financial and non-financial effects that result because of the alopecia separation. In fact, the Muslim jurists have elaborated on the provisions of recovery and defined its conditions and conditions and the choice that accompanies its occurrence, and the effect that results from it, at a time when the Iraqi legislator left its provisions to Islamic jurisprudence, and did not adopt them with direct texts, and therefore referring to Islamic jurisprudence is the most useful in identifying recovery and standing on effects that result from it. legality.

الملخص

يمكن أن يجري الخلال الرابطة الزوجية، بسبب إفاقة أحد الزوجين من الجنون أو ما شابهه من أحوال تزويج الولي أو من يقوم مقامه للمجنون أو المجنونة، وذلك بأنّ يقرر له الخيار حين إفاقته بإمضاء عقد الزواج أو نقضه، فإذا ما تمّ نقضه، انفسخ عقد الزواج وانحلت الرابطة الزوجة، ووجبت الفرقة بين الزوجين، ويترتب على هذا الخيار العديد من الآثار المالية وغير المالية التي تنتج بسبب الفرقة الحاصة. وقد فصّل الفقهاء المسلمون في أحكام الإفاقة وحددوا أحوالها وشرائطها والخيار الذي يرافق حصولها، والآثر المرتب عليها، في الوقت الذي ترك فيه المشرّع العراقي أحكامها للفقه الإسلامي، ولم يتبنّاها بنصوص مباشرة، وعليه فإنّ الرجوع إلى الفقه الإسلامي هو الأجدى والمفيد في التعرف على الإفاقة والوقوف على الآثار التي تنتج عنها.

المقدمة:

"

تتعدد أسباب فسخ الرابطة الزوجية وإنحلالها، إذ تنحل الرابطة الزوجية بالفسخ لأسباب محددة في الشرع والقانون، وواحدة من أحوال انحلال الزواج هي الإفاقة والبلوغ، والإفاقة محل الدراسة هي الصحوة أو الشفاء من الجنون، فإذا كان الزوجان أو أحدهما مجنوناً عند الزواج، وعقد له وليه على النفس عقداً مستوفياً لشروط الانعقاد والصحة والنفاذ، كان عقد الزواج غير لازم في حق المعقود له المجنون، فيكون له خيار الفسخ أو الاستمرار عند إفاقته من الجنون.

وتعكس الدراسة أهمّية موضوع الإفاقة كونها سبب في حلّ الرابطة الزوجية، من الناحيتين النظرية والعملية، فنظريّاً تعدّ الإفاقة حالة خاصة ومتميزة من الأحوال التي ركّز عليها الفقهاء المسلمون من حيث المعنى والمفهوم والأثر المترتب عليها، في إطار تنظيم احكام عقد الزواج، وأولى المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ لهذا الموضوع أهمّية بالغة، فخصص له نصوصاً قانونية تكفّلت بمعالجته وفق رؤية تشريعة متميزة، إختط لها مساراً يختلف عن مسار الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وذلك مراعاة لجوانب عملية تعكس أهمّية التنظيم القانوني لزواج فاقدي العقل أو القاصرين ومن في حكمهم من الناحية العملية.

وتثور إشكالية البحث في موضوع الإفاقة كسبب من أسباب حل الرابطة الزوجية، على وفق دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الإسلامي، في موضوعة أساسية تتمثل بقصور التنظيم التشريعي لموضوع الإفاقة بشكل عام، صحيح أنّ المشرع العراقي كان قد تبنّى في المادة ٤٣/ أوّلاً/ ٦ حكماً يقضي بمنح الحق للزوجة في طلب التفريق، إذا وجدت بعد العقد

ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معا معاشرته بلا ضرر كالجنون، أو انه قد اصيب بعد ذلك به أو بما يشابهه من علة، بعد ثبوت الحالة بكشف طبّي، ولكنّ هذا الحكم لا يفيد سوى في جعل الجنون أو فقدان العقل سبباً في طلب الزوج للتفريق القضائي، ولا يكفل للزوج الذي أفاق من جنونه أن يخير بين إمضاء عقد الزواج وإبقائه وبين طلب الفسخ، وهذا يعني أنّ المعالجة التشريعية قد اختلفت تماماً عن معالجة الفقه الإسلامي لموضوع خيار الإفاقة على اختلاف مذاهبه، وهذا بحدّ ذاته إشكال ينبغي العمل على حلّه، إذ يفرض علينا البحث عن إجابات لمجموعة من الأسئلة التي ترتبط بهذه الإشكالية، منها:

ما هو تعريف الإفاقة وما هي شروط تحققها؟

ما هو الاختلاف بين أحكام زواج فاقدي العقل المتبنّاة في قانون الأحوال الشخصية العراقي ، وأحكام خيار الإفاقة في الفقه الإسلامي؟

ما هو الأساس القانوني لتطبيق أحكام خيار الإفاقة المقررة في الفقه الإسلامي على الدعاوى المعروضة على القضاء العراقي بالنسبة لانعقاد عقد زواج فاقدي العقل أو حلّه؟

كيف نبرر مسار المشرّع العراقي في تبنّي منهج مختلف عن منهج الفقه الإسلامي بالنسبة لزواج فاقدي العقل؟

هل يمكن أن تطبق أحكام خيار الإفاقة المقررة في الفقه الإسلامي على أحوال زواج فاقدي العقل في القانون العراقي؟ كل هذه الأسئلة وغيرها، سنحاول الإجابة عليها وفق منهج علمي تحليلي، يركّز على تحليل الآراء والمواقف الخاصة بالموضوعات المرتبطة بالدراسة على مستوى الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، والنصوص التشريعية الواردة في قانون الأحوال الشخصية النافذ، ذات العلاقة بموضوع البحث. مع الاستعانة بالمنهج الوصفي الذي يفيد في استعراض الأراء الفقهية والتوجهات التشريعية المتعلقة بموضوع الدراسة، كل ذلك نحاول إجراؤه في اسلوب علمي متميز يتبنّى المقارنة بين مواقف مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة من جهة، ومواقف القانون فقها وقضاءً وتشريعاً من جهة أخرى، للخروج بأفضل نتيجة يمكن تبنّيها لمعالجة المشاكل المرتبطة بإشكالية الدراسة.

من أجل ذلك فقد انقسمت خطة البحث في هذه الدراسة إلى مبحثين إثنين، خصصنا المبحث الأول للتعريف بالإفاقة بوصفها سبباً من أسباب إخلال الرابطة الزوجية. أمّا المبحث الثاني فقد خصصناه لبيان الآثار المترتبة على حل عقد الزواج لخيار الإفاقة.

وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمّنت أبرز النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول: التعريف بالإفاقة كسبب من أسباب اخلال الرابطة الزوجية : يتناول الفقهاء المسلمون موضوع الإفاقة في إطار بيان الخيار الذي يسمّى باسمها، وذلك لكون الإفاقة ترد على حالة الجنون او الصغر الذي يعتري أحد الزوجين ممن يتمّ تزويجه من قبل وليه، فيعود له عقله بعد الجنون فيفيق، أو أنّه يبلغ كمال العقل بعد أن كان صغيراً، وفي إطار دراستنا هذه، فإنّ الإفاقة محل البحث، هي الإفاقة من الجنون، والتي تتحقق عند الزوج او الزوجة بعد الزواج، كما في حالة تزويج المجنون أو المجنونة، وبذلك يستبعد حالة الجنون

الذي يعدم اهلية أحد الزوجين بعد الزواج، إذ هنا يكون الجنون عارض يتسبب بمنح الزوج الآخر الحق في طلب التفريق من قبل القضاء.

وبين هذين الفرضين، يتأرجح الموقف من الإفاقة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، حيث فصّل الفقهاء المسلمون على اختلاف مذاهبهم في الإفاقة التي تحصل للزوج بعد الزواج، بينما ركز المشرع العراقي على تنظيم حالة التفريق بسبب الجنون بشكل خاص، وترك موضوع الإفاقة إلى الفقه الإسلامي، بحسب المادة الأولى من القانون. وعلى ذلك، فإنّ التعريف بالإفاقة كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، يمكن أن نتبيّنه من خلال الوقوف على ماهية الإفاقة كسبب من أسباب انحلال الاربطة الزوجية، في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لبيان مشروعية انحلال عقد الزواج بسبب الإفاقة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية الإفاقة كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية : يمكن بيان ماهية الإفاقة بوصفها سبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، من خلال الوقوف على المقصود بالإفاقة من جهة، وبيان الحكمة من الفرقة بسبب الإفاقة من جهة أخرى، وذلك ما سنجريه في فرعين كالآتي:

الفرع الأول : المقصود بالإفاقة : الإفاقة: لغة تعني الرُّجُوعُ، يُقالُ: أفاقَ الرَّجُلُ مِنْ مَرَضِه، أيْ: رَجَعَتِ الصِّحَّةُ إلَيْه، أو رَجَعَ إلى الصِّحَّة. وأفاقَ المَجْنُونُ، أيْ: رَجَعَ إلَيْه عَقْلُهُ. وأفاقَ النّائِمُ: إذا اسْتَيْقَظَ.[١] وفي المعنى الاصطلاحي تعني رُجوعُ الفَهْمِ إلى الإنْسانِ بَعْدَ نومٍ أو سُكْرٍ أو جُنونٍ أو إغْماء.[٢] والإفاقة عموماً، هي رجوع عقل الإنسان إليه بعد غيابه عنه بسبب جنون أو إغماء، أو سكر، أو نوم، ونحوه. ومثاله سقوط التكليف عمن أغمي عليه حتى يفيق؛ لحديث : "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَة، عَنِ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ على عَقْلِه حَتَّى يَفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ".[٣] والإفاقة بهذا المعنى، يمكن أن تبحث في إطار عقد الزواج في فضيتين، وكل فرضية لها حكم مختلف، وهما: الفرضية الأولى، الإفاقة التي تحدث للزوج المجنون أو الزوجة المجنونة، بعد إنعقاد عقد الزواج في ولاية الإجبار، حيث أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية تزويج المجنونة إنْ كانت ممن تجبر على الزواج كالبكر البالغة العاقلة جبراً،[٤] والعلّة في إجبارها على الزواج عند فقهاء الأحناف هي الجنون، أمّا العلة عند فقهاء المالكية والشافعية هي البكارة والجنون معاً، إلّا أنّ إجبارها عندهم مع عدم عقلها من باب أولى، وقال بعض الفقهاء إذا كانت المجنونة ثيباً فليس عليها ولاية إجبار مطلقاً.[٥]

وفي هذا الفرض فقد أجاز الفقهاء المسلمون يباشر عقد زواج ناقص الأهلية أو فاقدها كالمجنون والمجنونة، الأب أو الجد المعروفين بحسن السلوك والاختيار، وأنْ يزوجها من كفء، أما زواج المجانين، جاز للأب تزويجهم إذا ظهرت منهم إمارات الشهوة بإتباع النساء.[٦]

أمّا إذا زوجهم غير الأب والجد عند فقهاء الأحناف، جاز ذلك وكان عقداً غير لازم، فيجوز للصغير إذا بلغ والمجنون إذا ما أفاق، أنْ يفسخ عقد الزواج، سواء أكانت بخيار الزوج أم الزوجة؛ لأنّها ناجّة عن عدم لزوم العقد من أساسه، إذ ترجع الفرقة على أصل العقد فتكون فسخاً لا طلاقاً.

أمّا إذا ما قام الأب بتزويج ابنته من غير كفء فلا يكون عقد الزواج لازماً، فيجوز لها فسخ العقد(٧).

وأمّا إذا زوج الصغير أو المجنون غير الأب والجد، فإنّ عقد الزواج لا يكون لازماً، حتى إنْ كان الزواج من كفء وبمهر المثل؛ لأنّ شفقتهم وحرصهم على من تحت ولايتهم لا تصل إلى شفقة الأب والجد، فثبت لهم حق الفسخ بموجب خير الإفاقة.

أمّا الفرضية الثانية، فهي فرضية الجنون والإفاقة اللتان تحدثان بعد الزواج، حيث ينعقد الزواج بين عاقلين راشدين، إلّا أنّ آفة أو عارض يصيب أحدهما فيفقد عقله، ثم يفيق بعد ذلك، وهذه الفرضية هي التي عالجها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ، بإعتبار هذا العارض من أسباب التفريق القضائي، الذي تحكم به المحكمة بطلب من الزوج العاقل، فلم يأخذ المشرّع العراقي هنا بأحكام الإفاقة التي تبنّاها الفقهاء المسلمون، وذلك بحسب الأحكام الواردة في المادة ٤٣/أوّلا/٦ من القانون.

الفرع الثاني : حكمة الفرقة بسبب الإفاقة : إن الوقوف على الحكمة من الفرقة بين الزوجين بسبب الإفاقة يستدعي الوقوف على فلسفة الشريعة الإسلامية من إقرار خيار الإفاقة، إبتداءً. ومن ثمّ نبيّن مشروعية خيار الإفاقة في الفقه الإسلامي والقانون النافذ، وهذا ما يستدعي تقسيم البحث في هذا الفرع إلى مقصدين كالآتي:

المقصد الأول : فلسفة الشريعة الإسلامية في إقرار خيار الإفاقة : يرجع أساس إقرار خيار الإفاقة للمجنون أو ناقص الأهلية، إلى أنّ تزويجه لم يكن بناءً على إرادته ورغبته هو، وإنّما بإرادة وليه، وبالتالي يكون من حقه الإختيار إذا ما عاد له عقله من أن يختار المضي في عقد الزواج أو الفسخ، فلا يجبر العاقل الرشيد على البقاء في الزواج رغماً عنه ودون إرادته.

فبالنسبة للفقه الإسلامي، فقد ذهب فقهاء الجمهور إلى أنّ للأب والأولياء بعده تزويج المجنون والمجنونة البالغين، إذا كان الجنون جنوناً مطبقاً بولاية الإجبار، فإذا كان الجنون متقطعاً غير مطبق، فينتظر إلى إفاقتهما، ولا يجوز أن يزوّجا بولاية الإجبار لعدم الحاجة.

وذهب فقهاء الأحناف إلى أن ولاية الإجبار كما تكون للأب تكون لغيره من العصبات بالنفس، بحسب الترتيب المتبع في الإرث، كالجد العصبي والأخ الشقيق أو الأخ لأب، والعم الشقيق أو العم للأب.

وذهب فقهاء الشافعية إلى أن ولاية الإجبار تثبت للأب والجد العصبي بعده، ولوكيل كل من الأب والجد، ولا تكون لغيرهم. وذهب فقهاء المالكية والحنابلة إلى أنّ ولاية الإجبار تكون للأب ثم لوصيه من بعده إذا نص في الوصاية على ذلك، وقيل تكون له بغير نص، ولا تكون لغيرهما.

وسبب الخيار في زواج المجنون أو المجنونة، هو الإفاقة، وذلك إذا ما كان أحد الزوجين أو كلاهما مجنوناً، وقد زوجه وليه على النفس زواجاً مستكملاً كافة شروط انعقاده وصحته ونفاذه، فإن زواجه يكون مسلوب اللزوم، عند الطرفين من فقهاء الأحناف، ويكون لهذا الزوج المجنون عند الزواج، اختيار الفسخ أو الالتزام بالزواج عند إفاقته، ما دام الزواج صحيحاً غير لازم. وبموجب هذا الخيار يكون الزوج المجنون أو الزوجة المجنونة الفسخ أو الاستمرار، فإذا ما أفاقا خُيّرا، فإن اختارا الاستمرار لزم النكاح ولا خيار لهما بعد ذلك، وإن

اختارا الفسخ، أشهدا على ذلك ورفعا الأمر إلى القاضي لفسخ النكاح، فلا يتم الفسخ إلّا بقضاء، ويبقى النكاح قائماً بينهما حتى يفسخه القاضي، فإذا انقضى المجلس دون أن يختارا شيئاً، فهما على الخيار حتى يختارا، لأنّ الخيار يثبت على التراخي إلا البكر، فإن الخيار في حقها يثبت على الفور، بشرط أن تكون عالمة بالنكاح وقته، فإذا سكتت وهي عالمة بالنكاح والإفاقة لزمها النكاح، وسقط خيارها.

المقصد الثاني : مشروعية خيار الإفاقة في الفقه الإسلامي والقانون : اختلف فقهاء الشريعة في جواز تزويج المجنون أو المجنونة، حيث ذهب فقهاء الأحناف[٨]، والمالكية[٩]، والحنابلة[١٠]، والجعفرية[١١]، إلى جواز تزويجه المجنون أو المجنونة مطلقاً، سواء أظهرت إمارات الشهوة أم لا، وأشترط فقهاء المالكية أنْ يكون المجنون قد بلغ مجنوناً؛ لأنّ ولايته باقية، وأمّا من بلغ عاقلاً رشيداً ثم طرأ جنونه لم يجز تزويجه، ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله، إلى أن الولي إن كان هو الأب أو الجد أو الابن كان عقده لازماً، ولا خيار لهم بعد ذلك كما ذهب إليه الجمهور، وإن كان الولي غيرهم كالأخ والعم ونحوهما، كان عقده غير لازم، ولهم الخيار بعد الإفاقة، فإن اختاروا الاستمرار بالزواج لزم العقد، وإن اختاروا الفراق فسخ النكاح، بينما ذهب القاضي أبو يوسف من فقهاء الأحناف، إلى أن للمجنون والمجنونة الخيار بعد الإفاقة مطلقاً، سواء زوجهم الأب أم الجد أم الابن أم غيرهم، إلّا أنّه في حالة تزويج الابن، إذا ما كان المتزوج للمجنون أو المعتوه الأب أو الجد أو الابن، وكانوا غير معروفين بسوء الاختيار، فلا خيار للمجنون عند إفاقته من الجنون، فإن كان الولي المتزوج غير هؤلاء، أو هم وكانوا معروفين بسوء الاختيار، فيكون له الخيار عند إفاقته. وأمّا فقهاء الشافعية فلم يجوزوا للأب ولا الجد ولا الوصي ولا الحاكم تزويج الصغير المجنون؛ لأنّه لا يحتاج إلى النكاح في الحال، فإنْ كان المجنون بالغاً، فيتم النظر في حاله بحسب ما إذا كان جنونه مطبقاً أو غير مطبق، فإن كان يحن ويفيق، لم يجز للولي تزويجه؛ لأنّ له حالة يمكن استئذانه فيها، وهو حال إفاقته، وإنْ لم يكن له حالة إفاقة، فإنْ كان خصياً أو مجبوباً أو علم أنّه لا يشتهي النكاح لم يجز للولي تزويجه؛ لأنّه لا حاجة به إلى النكاح، وإنْ علم أنّه يشتهي النكاح، بأنْ يراه يتبع نظرة النساء، أو علم ذلك بانتشار ذكره أو غير ذلك جاز للأب والجد تزويجه؛ لأنّ فيه مصلحة له وهو ما يحصل له من العفاف[١٢]. أمّا بالنسبة لموقف المشرّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ، من تزويج فاقد العقل، فمن ناحيته، فقد أجاز المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، تزويج فاقد العقل بإذن من القاضي، وذلك على وفق ما بينته المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية النافذ، والتي جاء فيها "١- يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشر.

٢ – للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليا إذا ثبت بتقرير طبي إن زواجه لا يضر بالمجتمع وإنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً". ومن خلال هذا النص، يمكننا القول بأنّه لا يكون الزواج في حالة فاقدي العقل صحيحاً وفق أحكام القانون العراقي إلا بتوفر الشروط الآتية:

١- أن يكون عقد الزواج مبرم مع زوج فاقد العقل وآخر بالغ عاقل رشيد، ولذلك لا يجوز أن ينعقد عقد الزواج بين زوج وزوجة فاقدا العقل.

٢- تبوت حالة المجنون أو فاقد العقل بتقرير طبّي، حيث يتبيّن من خلال التقرير إمكانية الزواج والمقدرة الجسمانية والحاجة البدينة او الإنسانية للزواج.

٣- أن يكون في هذا الزواج فائدة للمجتمع، وتتحقق الفائدة من خلال إنشاء رابطة زوجية تمكّن أحد الزوجين من الحصول على الرعاية والاهتمام بالقدر الذي يرفع العبء عن المجتمع وعن الأفراد المحيطين به، حتى ولو كانوا من أسرته نفسها، وفي ذلك مصلحة له وللمجتمع أيضاً.

٤- أن يقبل الزوج الآخر بحالة الزوج ووضعه ويصرّح بذلك صراحة، فلا يتمّ الاكتفاء بالسكوت كدلالة على القبول هنا، لأنّ في هذا النوع من الزواج، لا تتحقق مصلحة للزوج العاقل بصورة مباشرة، لكي يقال أنّ السكوت يمكن أن يفسّر على أنّه قبول، فهذا الزواج يمثل عبء عليه لا مصلحة له، وبالتالي سيحمّله التزامات وتكاليف إضافية تتطلّب الإعلان عن قبولها صراحة، لا أن يترك الوضع إلى القواعد العامة لخصوصية الظروف المحيطة بهذا الزواج.

٥- الحصول على الإذن بالزواج من قبل القاضي، فالقاضي هو الجهة المخوّلة قانناً بمنح الإذن، إذا ما رأى توفر الشروط المتقدّمة والأسباب المبررة لمنح الإذن بهذا الزواج.

المطلب الثاني : مشروعية الخلال عقد الزواج بسبب الإفاقة : يذهب بعض الفقهاء المسلمين،[١٣] إلى أنّ قاعدة (الضرر يزال) فيها متسع للقول بفسخ عقد الزواج بسبب الإفاقة، وأصل هذه القاعدة قول الرسول (صلى اللّه عليه وآله وسلم) (لا ضرر ولا ضرار)[١٤]، وينبني على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه ومن ذلك جميع أنواع الخيارات ومنها خيار الإفاقة، ويذكر بعض فقهاء القانون، بأنّ هذه القاعدة يبنى عليها كل حكم في الشرع، سواء أكان وضعياً أم تكليفياً يوجب ضرراً على الشخص فهو مرفوع، فإذا كان لزوم عقد الزواج مع وجود العيب يستلزم ضرراً، فلزومه مرفوع ويقضي بجواز فسخ العقد[١٥]، فإذا لحق بأيٍّ من الزوجين ضرر، ممّا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، جاز للمتضرر أنْ يفسخ عقد الزواج، ويسند بعض الفقهاء المسلمين، أساس فسخ عقد الزواج إلى فكرة المقصود من العقد، وهو رأي نؤيده في جواز الفسخ في خيار الإفاقة، وفكرة المقصود من العقد فكرة تكاد تطابق فكرة السبب الموجودة في القانون المدني، حيث يؤسس الفقهاء المسلمون القول بخيار الإفاقة على أساس المنفعة المقصودة من العقد، فإذا ما انتفت إرادة الطرفين أو أحدهما بالبقاء في استمرار الحياة الزوجية، فقد انتفت المنفعة منها، فإذا كان ما بقي من المنفعة ليس هو المقصود بالعقد، فسخ العقد؛ لأنّ هذه المنفعة لمّا لم تكن هي المقصودة بالعقد كان وجودها وعدمها سواء[١٦]، وكذلك سائر العقود التي يتعذر فيها حصول المقصود من العقد، كون هذا المقصود يعتبر الأساس

المتين الراسخ والشامل الذي يتسع ليشمل جميع أسباب فسخ عقد الزواج، بخلاف الأسس الأخرى الضيقة التي لا تنطبق إلّا على العقود المالية وليست أساساً للقول بفسخ عقد الزواج بسبب خيار الإفاقة. حيث يختلف الفسخ الناتج عن خيار الإفاقة عن الفسخ المقررة في القواعد العامة في القانون المدين، كون الفسخ في القانون المدني هو أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين بتنفيذ ما التزم به في عقد ملزم للجانبين.[١٧] أمّا في إطار أحكام الزواج في مسائل الأحوال الشخصية، فإنّ حكم الفسخ وأثره مختلف، حيث أنّه يقوم في القانون المدني على فلسفة وجود حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، حتى يتحرر بدوره من الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد.[١٨] وبذلك فإنّ الفسخ المعروف في القانون المدني يختلف عن فسخ عقد الزواج من عدّة وجوه، منها:

١- إختلافهما من حيث السبب: إذ يرجع سبب فسخ العقد في القانون المدني إلى إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أمّا أسباب فسخ عقد الزواج منها ما يكون لحق الشارع كالفسخ بسبب فساد العقد أو بسبب ردّة أحد الزوجين عن الإسلام، ومنها ما يكون لحق الزوجين كالفسخ لخيار البلوغ أو الإفاقة.

٢- يرد الفسخ في القانون المدني على الروابط التعاقدية، بعد أنْ تكون قد نشأت بصورة صحيحة، ويترتب على ذلك أنّ العقد الصحيح هو الذي توافرت أركانه واستوفت الأركان شرائطها، ولم يقترن بالعقد شرط يفسده، مما يعني أنّ العقد منتج لآثاره القانونية منذ تكوينه، فيعتريه بعد ذلك سبب يوجب إنهاء العقد[١٩]. بخلاف فسخ العقد بسبب خيار الإفاقة، حيث ينشأ العقد وهو يحمل سبب نقضه إبتداءً.

٣- يترتب على فسخ العقد في القانون المدني أثر رجعي، يتمثل في رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، على نحو يجعل العقد وكأنّه لم يقم بين طرفيه أبداً[٢٠]. أمّا فسخ عقد الزواج فإنّه يستند دائما إلى السبب الذي نشأ به، فإنْ كان مرافقا لنشوء العقد، كان فسخ الزواج ذا أثر رجعي، فيكون العقد معه كأنْ لم يكن، وإنْ كان سبب فسخ الزواج طارئا على العقد، كان فسخ الزواج فوريا يبدأ من تاريخ فسخ الزواج دون الرجوع إلى وقت نشوء العقد. أمّا بالنسبة لموقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من خيار الإفاقة، فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة السابعة[٢١]، الفقرة الأولى: (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة). الفقرة الثانية (للقاضي أنْ يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليا إذا ثبت بتقرير على أنّ زواجه لا يضر بالمجتمع وأنّه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً). ويتضح من نص المادة المتقدّمة أنّ المشرّع العراقي أجاز القانون زواج المريض عقلياً كالمجنون، ولكنّه المشرع حصر حصول الإذن بالزواج بالقاضي فقط، وليس للولي مثل الأب أو الجد ونحوهما تزويج

المجنون أو المجنونة. فالمشرّع العراقي، لم يساير الفقه الإسلامي في توجهاته بصدد تأثير خيار الإفاقة على عقد الزواج، حيث لم ينص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية الفسخ، رغم تنظيم أحكامه، وقد بيّن المشرّع أحكام فسخ عقد الزواج، والأحوال التي يجري فيها فسخه، وأهمّها توافر سبب من أسباب الفسخ، ولم يذكر من ضمنها الفسخ بسبب خيار الإفاقة، فإذا كان عقد الزواج تامّاً مستجمعاً لأركانه وشروط صحته، كان عقداً صحيحاً متصفاً بالديمومة والاستمرار، ولكن إذا ما طرأ عليه خلل يمنع من بقائه واستمراره، فيتعين الحكم بفسخه. وهنا نرى بأنّه في ضوء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي، ينبغي التفريق بين حالتين، هي حالة جنون أحد الزوجين الذي اقترن بعقد الزواج من وقت إنشائه، والحالة الثانية، هي طروء الجنون أو فقدان عقل أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية وبعد تمام العقد.

ففي الحالة الأولى، نرى أنّه لا يوجد ما يمنع من استعمال خيار الإفاقة المقرر في الفقه الإسلامي على حالة أحد الزوجين فاقد العقل الذي أفاق وعاد إليه عقله، فله الخيار في الإبقاء على الزواج أو طلب فسخه من القاضي، وهذا لا يتعارض مع توجّه المشرع العراقي، كونه لم ينظم خيار الإفاقة، وهذا ليس نقصاً في التشريع لأنّه يمكن الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد، بحسب نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية النافذ، والتي تنص على أن: ١. تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون. ٣. تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية". وبالتالي يمكن أن يقضي القاضي بفسخ الزواج، كما قضى بعقده ابتداء، وتطبيق أحكام فسخ عقد الزواج بحسب ما قال به الفقهاء المسلمون من أحكام الفسخ بسبب الإفاقة وعلى اختلاف مذاهبهم. أمّا الحالة الثانية، فهي حالة طروء الجنون على أحد الزوجين، أثناء الحياة الزوجية، وهنا لا يجري تطبيق الفسخ أذا ما أريد حل الرابطة الزوجية، وإنّما يجري تطبيق أحكام التفريق القضائي، بموجب أحكام المادة ٤٣/ أولا/ ٦، والتي تنص على "أولا – للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الأسباب الآتية:... ٦- إذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معا معاشرته بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو انه قد اصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها، على انه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلّة، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، اما إذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة، وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرّت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق.". فإذا ما اختارت الزوجة عدم استمرار الحياة الزوجية، لطروء حالة الجنون على الزوج، فيكون من حقها طلب التفريق القضائي، وليس طلب الفسخ، بحسب

أحكام القانون النافذ. مع الأخذ بنظر الاعتبار أنّ الفسخ القضائي لعقد الزواج بسبب خيار الإفاقة المقرر في الفقه الإسلامي . ليس كالتفريق القضائي المقرر في الأحوال الواردة في المادة ٤٣ قانون الأحوال الشخصية النافذ. فالتفريق القضائي هو إنهاء الرابطة الزوجية من قبل القاضي، لوجود سبب من الأسباب التي تمنع استمرار الحياة الزوجية، لأنّه صاحب الولاية العامة، وإنْ كان استعمالها بدون إذن أو رضا الزوج متى ما تحققت الأسباب الشرعية والقانونية التي تستوجب التفريق. والتفريق الذي يوقعه القاضي إمّا أنْ يكون طلاقاً بائناً أو طلاقاً رجعياً في أحوال معينة، وإمّا أن يكون فسخا. أمّا فسخ عقد الزواج بسبب خيار الإفاقة، فهو نقض للعقد لوجود خلل فيه وقت إبرامه، لكون عقد الزواج غير لازم كخيار الإفاقة، وبالفسخ تنتهي أحكام عقد الزواج في الحال دون الاستناد إلى الماضي، فالفسخ يكون بسبب أمر اقترن بإنشاء عقد الزواج.[٢٢]

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على حل عقد الزواج لخيار الإفاقة : إنّ إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق فسخ عقد الزواج المقرر في الفقه الإسلامي أو التفريق القضائي الذي يتم بحكم القاضي في القانون الوضعي، يرتب آثاراً كثيرة، منها آثار غير مالية وهذه الآثار منها تخص الزوجة كالعدّة، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات، ومنها حقوق تخص الأولاد، كحقهم في ثبوت نسبهم لأبيهم، ومتى تحقق النسب ترتب عليه حقوق، كحق الرضاع، والحضانة للطفل، والنفقة على أبيه إنْ لم يكن لديه مال. كما يترتب على فسخ عقد الزواج آثار مالية، ينتج عنها حقوق للزوجة كالمهر المؤجل والنفقة، ونحو ذلك من الآثار المالية. ولتشابه الأحكام الخاصة ببعض الآثار المالية وغير المالية في حالتي الفسخ والتفريق مع ما مقرر في أحوال فسخ العلاقة الزوجية أو صدور الحكم بالتفريق القضائي، فإنّنا سنقتصر في بيان هذه الآثار على بعض الأوضاع التي رأينا فيها بعض الخصوصية فيما يخص موضوع الدراسة، تلافياً للتكرار الذي قد يحصل مع دراسات تناولت مواضيع مشابهة. وعليه، فإنّنا سنقسم البحث في هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منهما لبيان الأثر المترتب على الإفاقة في الفقه الإسلامي والقانون، ونبيّن في المطلب الثاني الآثار المالية وغير المالية لحل الرابطة الزوجية بخيار الإفاقة. وكما يلي:

المطلب الأول : الأثر المترتب على الإفاقة في الفقه الإسلامي والقانون : إنّ الأثر المترتب على الإفاقة في الفقه الإسلامي، هو ثبوت الخيار للزوج أو الزوج حين الإفاقة، ويترتب على استعمال خيار الإفاقة في الفقه الإسلامي أمّا فسخ عقد الزواج بسبب خيار الإفاقة، أو إمضائه، مع الأخذ بنظر لاعتبار ما ذهب إليه فقهاء الأحناف من القائلون بالتفريق بخيار الإفاقة، على أن الفرقة بذلك لا تقع إلا بحكم القاضي بها، لأنها فصل مجتهد فيه، كما اتفقوا على أن تفريق القاضي بين الزوجين بسبب هذا الخيار فسخ وليس بطلاق، إذا ثبت لهم الخيار (أي المجنون أو المجنونة بعد الإفاقة)، فإنّ اختيار الفرقة يكون فسخاً حتى لا يجب المهر قبل الدخول، ولا يصح ذلك إلا بقضاء القاضي[٢٣] ولهما -أي الزوجين- خيار الفسخ بالإفاقة في غير الأب والجد[٢٤]. فيقع الخيار عند الإفاقة، إذا ما أفاق المجنون أو

المجنونة بعدما زوجهما الولي بولاية الإجبار زواجاً مستكملاً لجميع شروطه، يكون لهم خيار الفرقة من هذا النكاح، ويثبت خيار الإفاقة لأحد الزوجين أي المجنون منهما أو كليهما، إن كانا مجنونين فاقدا العقل، والسبب في ذلك هي أنّهم لم يكن لهم فيه رضاء معتبر، حيث ذهب الجمهور إلى أن الولي الذي يملك إجبار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة على الزواج، إذا زوجهم بعقد مكتمل الشروط كان زواجه لازماً لهم، ولا خيار لهم بعد ذلك مطلقاً. ولم يتعرض القانون العراقي لخيار الإفاقة، وذلك بسبب القيود القانونية التي وضعها المشرّع على زواج المجانين أو كما أسماهم فاقدي العقل، وذلك وفقاً للمادة ٢/٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ. ذهب الفقهاء المسلمون من فقهاء الأحناف[٢٥] القائلين بالتفريق بخيار الإفاقة على أن الخيار يثبت على التراخي، وعلى هذا فإن الصبي والصبية والمجنون والمجنونة إذا زوجهم الولي بولاية الإجبار زواجا يثبت به الخيار لهم على خيارهم مطلقا، مالم يعلنوا عن رغبتهم بالاستمرار أو الفسخ بصريح القول أو بطريق الدلالة بعد الإفاقة، فإذا رضوا بالزواج رضاءً صريحاً بعد الإفاقة، كقولهم أجزنا النكاح مثلاً، أو دلالة كالوطء أو التمكين منه بعد الإفاقة والعلم بالنكاح، أو يوجد منهما فعل يستدل به على الرضا، وذلك نحو التمكين من الإجماع أو طلب النفقة، أو أنْ يطأها الزوج أو يشتري لها بعض الحلي، وهذا بالنسبة للرجل والمرأة الثيب، فيلزم العقد، ولا خيار لهم بعد ذلك، وإن رفعوا الأمر إلى القاضي طالبين فسخ الزواج فقضى بفسخه انفسخ ولا خيار لهم بعد ذلك أيضاً. ويعتد بالسكوت بعد الإفاقة والعلم بالنكاح رضاءٌ به، إذا كان الساكت هو الرجل، أو الساكت هو المرأة وهي ثيب، فلا يعد سكوتهما رضا، للقاعة الفقهية الكلية: لا ينسب إلى ساكت قول[٢٦]، وإن كان هو المرأة وهي بكر، فإن السكوت منها رضا، إلا أن يرافقه من القرائن ما يصرفه عن الرضا.

أمّا بالنسبة للبكر، فإنّ مجرد سكوتها عن فسخ عقد الزواج بعد إفاقتها، يعد رضا منها ومسقطا لخيارها، إذ إنّ سكوتها عن فسخ الزواج يعد إذنا منها بالزواج، وإجازة له دون الثيب والغلام، لقوله (صلى اللّه عليه وآله وسلم): " الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها"[٢٧].

ولا يعد سكوت البكر رضا منها بالزواج، إلّا إذا كانت عالمة بالعقد، فإذا بلغت وسكتت ودعت عدم علمها بالزواج، فإنّها تصدق بيمينها[٢٨]. أمّا طريقة وقوعها فلا بد من قضاء القاضي؛ لأنّها فرقة مختلف فيها بين الفقهاء، وما كان كذلك من الفرق لا تقع بغير قضاء؛ لأنّ فسخ الزواج هنا لدفع ضرر خفي وهو وجود الخلل في المصلحة التي قام العقد عليها[٢٩]. ويكون اختيار الفسخ أو الاستمرار في النكاح باللفظ الصريح، كقول من له الخيار: فسخت أو التزمت، ويكون بالدلالة، كالتقبيل من الزوج والتمكين من الزوجة، وكل ما لا يحل لغير الزوجين فإنه التزام دلالة، وكذلك الهجر ومغادرة البيت، فإنه فسخ دلالة. والفسخ في اللغة، يعني الإزالة، فيقال فسخت المفصل، فانفسخ، أي أزلته عن موضعه

(٣٠). ويأتي بمعنى النقض: فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ: أي نقضه فانتقض: كأن تقول فسخت النكاح: فانفسخ النكاح أي: نقضه فانتقض(٣١). ويأتي بمعنى التفريق: تقول فسخت الشيء فرقته، فالفسخ هو التفريق، ويأتي بمعنى الرفع: فيقال: فسخت العقد فسخاً، أي رفعته(٣٢).

وفي الإصطلاح، فقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الفسخ بتعريفات متعددة، منها: ما عرّفه فقهاء الأحناف من أنّه: (رفع العقد من أصله وجعله كأن لم يكن)(٣٣). أمّا فقهاء الشافعية فلهم قولان في تعريف الفسخ: أحدهما: (حل ارتباط العقد)(٣٤). وأمّا القول الثاني لهم فهو: (رفع العقد من حينه أو من أصله)(٣٥).

وعرّفه فقهاء الحنابلة على أنّه: (رفع العقد من حينه لا من أصله)(٣٦).

أمّا فقهاء الإمامية، فقد عرّفوا الفسخ بأنّه: (حلّ العقد).(٣٧) وفي إطار عقد الزواج فقد عرف الفسخ بأنّه: نقض لعقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت إبرامه، أو بسبب خلل طرأ عليه بعد إبرامه، يمنع من بقاء العقد واستمراره. (٣٨)

وفسخ الزواج الذي يقع بسبب خيار الإفاقة، يختلف عن الطلاق في عدة أمور، أهمّها:

١- أنّ الطلاق هو إنهاء عقد الزواج بلفظ مخصوص، ويترتب عليه زوال الملك والحِل كما في الطلاق البائن، أو زوال الملك وبقاء الحِل كما في الطلاق الرجعي، فالحِل باق والمطلقة زوجة خلال فترة العدة؛ لأنّ الطلاق رجعي(٣٩). أمّا فسخ الزواج فهو نقض العقد، ويترتب عليه إزالة الحل بمجرد حدوثه، بمعنى أنّ الزوج لا يستطيع أنْ يعيد زوجته إلى عصمته إلّا بعقد جديد، وقد لا يستطيع إعادة زوجته إلى عصمته نهائيا في بعض الأحوال (٤٠).

الطلاق لا يرد إلا على عقد صحيح، أمّا فسخ الزواج فيرد على العقد الصحيح وغير الصحيح (العقد الفاسد).

٢- فسخ الزواج لخيار الإفاقة يكون بسبب حالات مقترنة بالعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل، مثل خيار البلوغ أو الإفاقة (٤١). أما الطلاق فلا يكون إلا بناءً على عقد صحيح لازم، فهو من حق الزوج وحده يوقعه متى يشاء ولو بلا سبب، وإنْ كان الطلاق محرما في هذه الحالة ويأثم الزوج، فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج، أو يكون بسبب عدم لزومه.

٣- فسخ الزواج لخيار الإفاقة لا ينقص عدد ما يملكه الزوج من طلقات، فيبقى للزوج على زوجته ما ملكه الشارع منها، بخلاف الطلاق فينقص به عدد الطلقات.

٤- لا يقع في فرقة فسخ الزواج بسبب خيار الإفاقة طلاق خلال العدة، أمّا في عدة الطلاق فيمكن أنْ يقع فيها طلاق آخر ويستمر فيها الكثير من أحكام الزواج (٤٢).

٥- فسخ الزواج بسبب خيار الإفاقة إذا كان قبل الدخول لا يفيد حكماً أصلاً ولا يرتب أثراً، فلا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فيوجب للمرأة نصف المهر المسمى، فإنْ لم يكن للمرأة مهر مسمى استحقت المتعة (٤٣).

كما ويفرّق إبطال العقد عن فسخه بسبب خيار الإفاقة، فالعقد الباطل هو ما لم يشرع بأصله ووصفه[٤٤]، لانتفاء ركن من أركانه أو لنقص في أهلية العاقد، فلا يكون له وجود في نظر الشارع، كون العقد في حالة البطلان غير منعقد أصلاً، لوجود خلل في أركانه، فنكون أمام حالة نواجه فيها العدم، والعقد المنعدم كشخص ميّت منذ ولادته، وبالتالي يكون الإبطال تقرير لانعدام العقد منذ نشوئه، فيصبح وكأنّه لم يكن في نظر الشارع، فلا يترتب عليه أثر، بخلاف فسخ الزواج إذ تترتب عليه بعض الآثار[٤٥]، أمّا من الناحية القانونية، فإنّ أثر الإفاقة على عقد الزواج، وبحسب أحكام المادة ٧/ ٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، يمكن أن تطبّق بصدده آراء الفقه الإسلامي المتقدّم ذكرها، فيجوز منح الزوج أو الزوج حين الإفاقة خيار البقاء أو فسخ الرابطة الزوجية، ولكنّ استعمال الخيار بإتجاه حل الرابطة الزوجية، يقتضي موافقة القاضي، وذلك لأنّ العقد الذي أنشأ الرابطة الزوجية هو أصلا عقد صحيح لازم، وليس غير لازم كما في الفقه الإسلامي، فالقيود التي أقرها المشرع على زواج فاقد العقل، جعلت من الزواج بعد إذا القاضي به زواجاً صحيحاً نافذا مستكمل اللزوم، وبالتالي لا يمكن أن القول بإنطباق الأحكام المقررة ي الفقه الإسلامي بصدد خيار الإفاقة، حيث لم يتبنّى المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون في منح الزوج حيث الإفاقة الخيار بفسخ الرابطة الزوجية حين الإفاقة، وإختط موقفاً متميزاً لزواج فاقد العقل، فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة السابعة[٤٦]، الفقرة الأولى: (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة). واورد في الفقرة الثانية (للقاضي أنْ يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً، إذا ثبت بتقرير على أنّ زواجه لا يضر بالمجتمع، وأنّه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً). وكما أجاز القانون زواج المريض عقلياً كالمجنون، ولكنّ المشرع حصر حصول الإذن بالزواج بالقاضي فقط، ومن سياق نص المادة يمكن أن نستنتج، أنّ موقف المشرع العراقي لم يجز زواج المجنون والمجنونة معاً، وذلك لأنّه إشترط أن يكون الزواج بأحد الزوجين المريض عقلياً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ تقييد المشرع لمنح الإذن بالزواج بعدم الإضرار بالمجتمع، فيه دلالة واضحة على أنّ من مصلحة المجتمع أن يوجد للمجنون من يرعاه ويهتم بشؤونه، وهذا هو الذي تتحقق فيه مصلحة المجتمع، وليس العكس في حالة أن يتم الزواج بين مجنون ومجنونة، فقد يزيد الوضع سوءاً بالنسبة لهما والمجتمع على حدٍّ سواء، وعليه فإنّنا نرى بأنّ المشرع العراقي أحسن الحكم عندما اشترط هذا الشروط . وقيد حصول الزواج بإذن القاضي، فهو الذي يتأكد من حسن تنفيذ هذا النص، ويتحقق من المصلحة التي تثبت للمجتمع جراء القبول بهذا الزواج وإتمامه.

المطلب الثاني : الآثار غير المالية والمالية لاخلال الزواج بخيار الإفاقة : يترتب على استخدام خيار الإفاقة من قبل أحد الزوجين، بعض الآثار، الفرقة الحاصلة بين الزوجين إذا ما استخدم من له الخيار حقه في فسخ عقد الزواج، وهذه الآثار على نوعين، منها آثار غير مالية، وأخرى آثار مالية، وسنوضح هذه الآثار مفصّلاً في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: الآثار غير المالية لحل الرابطة الزوجية بسبب خيار الإفاقة : يترتب على حل عقد الزواج بسبب خيار الإفاقة الذي يقرّه الفقه الإسلامي، عدّة آثار، أهمّها:

١- وجوب العدة،(٤٧) حيث يجب على الزوجة المدخول بها قبل الخيار، أن تعتد العدّة الشرعية، والعدّة واجبه هنا، يقصد بها " تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح، أو شبهته"(٤٨). أي أنّها:" مدة مَنْع النكاح لفسخه، أو موت الزوج، أو طلاقه"(٤٩). وذهب بعض افقهاء إلى التفصيل في العدّة، فعرّفها بأنّها:" اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها"(٥٠). بينما عرّفها آخرون بقولهم أنّها:" التربص المحدود شرعا"(٥١). والعدة تكون بعد الفرقة التي تحصل بسبب الفسخ بعد خيار الإفاقة بين الزوجين. وقد شرعت لمعرفة براءة الرحم، والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر، فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر(٥٢). وهذه المسألة من المسائل التي اشتد الخلاف بشأنها من لدن فقهاء الشريعة، والأدلة فيها تكاد تتكافأ، والسبب في ذلك أنّ لفظ القرء يطلق على الحيض والطهر على حد سواء، مع دلالته على الوقت، والقرء هو الحيض؛ لأنّ الغرض من العدة هو براءة الرحم وهو ما يعرف بالحيض لا بالطهر، فضلا عن ذلك تطويل للمدة التي يمكن للزوجين أنْ يتراجعا، وكلا الحالتين فيهما مقصد من مقاصد الشريعة. أمّا العدّةُ بالشهور، فالعِدّةُ الواجبة للمطلقة: ومدتها ثلاثة أشهر، وهي ما تجب بدلا عن الإقراء، وتشمل الآيسة(٥٣)، والصغيرة(٥٤)، والبالغة في السن التي لم تحض، سواء أكانت حرة أم أمة، فعدتهن ثلاثة أشهر بنص القران الكريم، لقوله تعالى: (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ) (٥٥). وبموجب هذه الآية الكريمة، يمكن أن تكون العِدّةُ بوضع الحمل، والحامل في هذه الآية يمكن أنْ تكون معتدة من فسخ. فالحامل المعتدة من طلاق أو فسخ، اتفق فقهاء الشريعة على أنّ عدة المرأة الحامل المعتدة من طلاق، أو فسخ تنتهي عدتها بوضع الحمل، وأنّها تحل للأزواج بعد وضع حملها.(٥٦) واتفق الفقهاء المسلمون على أنّه لا يجوز للأجنبي زواج المعتدة، أيّاً كانت عِدَّتها من فسخ، أو طلاق، لأنّ بعض أحكام الزواج لا تزال قائمة، فإنّ عقد النكاح على المعتدة فرّق بينها وبين من عقد عليها. (٥٧) واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ (٥٨). والمراد بالأجل تمام العِدَّة، أي: لا تعزموا على عقد النكاح في مدة العدة، أو لا تعقدوا عقد النكاح حتى ينقضي ما كتب اللّه عليها من العِدَّة (٥٩).

أمّا موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من وجوب العِدَّة، فقد أوجب العِدّة المشرع العراقي على الزوجة، وقد نصت على ذلك العديد من المواد، وكالآتي:

م(٤٨):" ١- عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.

٢- إذا بلغت المرأة، ولم تحض أصلا، فعدة الطلاق، أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر كاملة.

٣- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل، أمّا الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل، والمدة المذكورة.

م(٤٩): " تبتدئ العدة فورا بعد الطلاق، أو التفريق، أو الموت، ولو لم تعلم المرأة بالطلاق، أو الموت".

٢- ثبوت النسب:

يثبت نسب الأولاد لأبيهم، كون الأولاد من ثمار الرابطة الزوجية، حيث يشب كل شخص في أسرة تتكون من أبوين يقوّمانه، ويربيانه؛ والنسب: هو القرابة؛ وقيل هو في الآباء خاصة، والنسب يكون بالآباء، ونسبت الولد، أي ذكرت نسبه، وانتسب إلى أبيه [٦٠].

أمّا اصطلاحا: فقد عرّفه الأحناف بأنّه "الرحم"[٦١]. وقال المالكية بأنّه "الانتساب لأب معين"[٦٢]. وقال الشافعية بأنّه "القرابة "[٦٣]. بينما عرّفه الحنابلة بأنّه: " القرابة، وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة، أو بعيدة"[٦٤]. أمّا فقهاء الإمامية فعرفوه بقولهم: "هو القرابة الرحمية"[٦٥]. ولكي يثبت نسب الولد لا بد من وجود إمكانية الحمل، بأن يكون كل من الزوج والزوجة لائقا للإنجاب، ويتحقق هذا إذا كان الزوج بالغا غير عنين، أو مريض مرضا يمنع من المعاشرة الزوجية، فإذا كان الزوج صغير السن وولدت زوجته ولدا لم يلحقه هذا الولد ولا يثبت نسبه منه، وعلّل فقهاء الشريعة ذلك، بأنّ الولد لا يوجد إلّا من مني، والصغير والعنين لا مني لهما.[٦٦] كما أنّ النكاح الفاسد حكمه حكم النكاح الصحيح في إثبات النسب؛ لأنّ النسب أمر يحتاط في إثباته إحياءً للولد، وحفظا من الضياع، ويشترط في تحقق النسب في هذه الحالة أنْ يدخل الرجل بالمرأة دخولاً حقيقياً [٦٧].

أمّا بالنسبة للإقرار بالنسب، فالإقرار في اللغة: هو الإثبات، يقال أقرَّ الشيء، إذا أثبت، وأقر بالحق اعترف به، وأثبته [٦٨]. أمّا اصطلاحا: فقد عرّفه الأحناف بقولهم بأنّه:" إخبار بحق على نفسه للغير"[٦٩]. وعرّفه الشافعية بقولهم بأنّه:" إخبار عن حق ثابت على المخبر"[٧٠].

وتستند مشروعية الإقرار إلى قوله تعالى: "قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۚ" [٧١]. حيث دلّت هذه الآية على صحة إقرار الرشيد على نفسه [٧٢]. ولمّا كان يشترط في المقر أن يكون أهلا للتصديق بأنْ يكون مكلفاً، أي: بالغاً عاقلاً عند الجمهور، أو يستطيع أنْ يعبر عن نفسه عند فقهاء الأحناف، فإنْ كان المقر به صغيراً، أو مجنوناً، فلا يشترط تصديقهما؛ لأنّهما ليسا بأهل للإقرار، أو التصديق [٧٣]. وخالف المالكية ذلك، فعندهم ليس تصديق المُقَرَّ له شرطا لثبوت النسب من المُقِرَّ؛ لأنّ النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق من الولد، ما لم يقم دليل على تكذيب المُقِرَّ[٧٤].

شرط ألّا يكون فيه حمل النسب على الغير، سواء أكذبه المُقَرَّ له أم صدقه؛ لأنّ إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه لا على غيره؛ لأنّه على غيره شهادة، أو دعوى، وشهادة الشخص فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة، والدعوى المفردة ليس بحجة.[٧٥] أمّا موقف قوانين الأحوال الشخصية من ثبوت النسب، فقد ورد في المادة ٥١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي، ثبوت النسب وما يترتب عليه من آثار في العديد، وعلى النحو الآتي: م (٥١): " ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين:

١- أنْ يمضي على عقد الزواج أقلّ من مدة الحمل.

٢- أنْ يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا".

فالمشرع العراقي قد رتب على العقد المفسوخ ثبوت النسب بالشرطين التي نصت عليها المادة (٥١)، وهو أنْ يمضي على عقد الزواج أقل من مدة الحمل، وأنْ يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا، كما رتب المشرع العراقي على الإقرار لمجهول النسب ثبوت النسب، ولو في مرض الموت، إذا كان يولد مثله لمثله.

المطلب الثاني : الآثار المالية لحل الرابطة الزوجية بسبب الإفاقة : إنّ عقد الزواج المفسوخ يرتب آثارا مالية ينتج عنها حقوق تخص الزوجة على الزوج، وهذه الحقوق تكون متعلقة بحقها في المهر والميراث والسكنى؛ لذا سنقوم بدراسة هذا الموضوع في مطلبين، نتناول في الفرع الأول حق الزوجة في المهر، ونبحث في الفرع الثاني حق الزوجة في النفقة.

الفرع الأول : حق الزوجة في المهر : ما تميزت به الشريعة الإسلامية عن غيرها بتكريمها للزوجة، حيث فرضت على الزوج أنْ يدفع مهرا لمن أراد أنْ يقترن بها، ويعد من حقوقها المالية الذي يحظر على الزوج أنْ يأخذ منه شيئا إلّا عن طيب نفس وبرضاها، حيث اتفق فقهاء الشريعة[٧٦]، على وجوب المهر للزوجة على الزوج، واستدلوا على ذلك بأدلة بقوله تعالى: فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ ۚ [٧٧]، وقوله تعالى: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [٧٨]، وقوله تعالى: فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً [٧٩]. حيث أمر الله –سبحانه وتعالى– الأزواج بأنْ يؤتوا زوجاتهم المهر، وأنْ يكون ذلك عن طيب نفس من غير تنازع، كما أنّ المهر واجب على الزوج ديانة [٨٠]. ويثبت كل المهر الواجب للزوجة بالعقد في حالة الدخول الحقيقي، إذا دخل الزوج بزوجته استقر المهر في ذمته، وتأكد سواء أكان مهر المثل أم المهر المسمى، وسواء أكانت التسمية قبل العقد أم بعدها، ووجه تأكده بالدخول أنّ المهر قد أوجب العقد وصار دينا في ذمته، والدخول لا يسقط المهر؛ لأنّه استيفاء للمعقود عليه، واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل، لا أنْ يسقطه، كما في الإجارة؛ ولأنّ مسقطات المهر الواردة في الكتاب والسنة كلها مقيدة بوقوعها قبل الدخول، فإذا تحقق الدخول امتنع ورود المسقطات عليه [٨١]. كما أنّ المهر يتأكد بالدخول، ولو كان عقد الزواج فاسدا، ولو مع مانع شرعي كالوطء وقت الحيض أو الإحرام، ودليل ذلك قوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۚ [٨٢]، وقد أوجبت هذه الآية على الأزواج نصف المهر، إذا طلقوا زوجاتهم قبل الدخول بهن، ويفهم من ذلك أنّه إذا حصل الوطء وجب المهر كاملا، ويجب المهر المسمى بالدخول، إنْ كان هناك مهر مسمى وإلّا وجب مهر المثل[٨٣].

وقد اختلف فقهاء الشريعة في أثر الخلوة الصحيحة [٨٤] على المهر على قولين:

القول الأول: ذهب إليه فقهاء الأحناف[٨٥]، والشافعية في القديم[٨٦]، والحنابلة[٨٧]، أنّ المهر جميعه يتقرر بها، فلو طلق الرجل زوجته بعد أنْ اختلى بها خلوة صحيحة فإنّ لها مهراً كاملاً، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليضا"[٨٨]، فحكي عن الفراء أنّه قال:" الإفضاء الخلوة، دخل بها أم لم يدخل بها؛ لأنّ الإفضاء مأخوذ من الفضاء، وهو المكان الخالي، فكأنّه قال:" وقد خلا بعضكم إلى بعض"[٨٩].

القول الثاني: ذهب فقهاء المالكية[٩٠]، والشافعي في الجديد[٩١]، وجمهور الجعفرية[٩٢]، إلى أنّ الخلوة الصحيحة ليس لها أثر في تقرير المهر، فلو طلق الرجل امرأته بعد أنْ اختلى بها فليس لها سوى نصف المهر المسمى، والمتعة إنْ لم يكن المهر مسمى. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أو يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ [٩٣]، والمس هو الجماع، فمن اختلى بامرأة، ولم يجامعها ثبت لها نصف المهر فقط[٩٤]. وأمّا الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد فهي كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح، فلا توجب كمال المهر؛ لأنّ التسليم لا يجب عليها، فلا تقام الخلوة مقامه[٩٥]. ويجب نصف المهر في حالة ما إذا فسخ الزوج النكاح قبل الدخول، أو الخلوة الصحيحة، وكان قد سُمِيَ للزوجة في العقد مهرٌ، وكانت التسمية صحيحة[٩٦]، لقوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أو يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ [٩٧].

ويسقط جميع المهر، في كل نكاح فاسد سواء أفسد لخلل في العقد مثل النكاح بلا شهود أم ولي، أم لخلل في المهر مثل المهر بما لا يملك، كالخمر، فلا شيء للمرأة قبل الدخول[٩٨].

وقد تطرق المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي لموضوع مهر الزوجة من خلال نصوص المواد الآتية:

م(١٩):-١- تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد، فإنْ لم يُسَمَّ، أو نفي أصلا، فلها مهر المثل.

م(٢١): تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول، أو بموت أحد الزوجين، وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول.

م(٢٢): إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح، فإنْ كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى والمثل، وإنْ لم يُسَمَّ فيلزم مهر المثل.

ومن خلال استقراء نصوص هذه المواد نجد أنّ المشرع العراقي قد جعل من مؤكدات المهر في العقد الصحيح الدخول الحقيقي، أو موت أحد الزوجين، ولم يشر المشرع العراقي للخلوة الصحيحة باعتبارها من مؤكدات المهر، كما جعل المشرع العراقي الدخول الحقيقي بالزوجة من مؤكدات المهر في العقد الفاسد، ولكن يلزم أقل المهرين من المسمّى، أو مهر المثل إذا كان المهر مسمى، وإنْ لم يُسَمَّ للزوجة مهرٌ فلها مهر المثل.

الفرع الثاني

وجوب النفقة

تجب نفقة المعتدة إذا كانت الفرقة من زواج صحيح، وكانت الفرقة بطلاق سواء أكانت من الزوج أم من القاضي بسبب كان من قبل الزوج، أم كانت الفرقة فسخاً، وكان فسخ الزواج من قبل الزوج، أم كان من قبل الزوجة، ولكن بسبب لا معصية فيه، كاختيارها نفسها بخيار الإفاقة بعد الدخول بها، ففي هذه الأحوال تجب النفقة [٩٩].

حيث قال أبو حنيفة "رحمه الله تعالى" في وجوب النفقة للمعتدة في كل نكاح فاسد، ولو كان متفقاً على فساده، وذلك لوجود شبهة العقد، وهي وجود صورته [١٠٠].

أمّا من ناحية الموقف التشريعي، فإنّ النفقة يمكن أن يحكم بها القاضي في حالة التفريق القضائي، ويطبق عليها ما يطبق على النفقة الخاصة بالمطلّقة، حيث نص المشرع العراقي على تطبيق أحكام الطلاق على التفريق القضائي، ومن ضمن هذه الأحكام، حكم النفقة حين حل الرابطة الزوجية بالتفريق أو بالفسخ، كونهما يخضعان للسلطة التقديرية للقاضي في وقوعهما. [١٠١]

الخاتمة

النتائج والمقترحات

أوّلاً:: النتائج:

١- الإفاقة هي الصحوة أو الشفاء من الجنون، فإذا كان الزوجان أو أحدهما مجنوناً عند الزواج، وعقد له وليه على النفس عقداً مستوفياً لشروط الانعقاد والصحة والنفاذ، كان عقد الزواج غير لازم في حق المعقود له المجنون، وكان له خيار الفسخ أو الاستمرار عند إفاقته من الجنون.

٢- أجاز الفقهاء المسلمون أن يباشر عقد زواج ناقص الأهلية أو فاقدها كالمجنون والمجنونة، فالأب أو الجد المعروفين بحسن السلوك والاختيار، وأنْ يزوجها من كفء، ويجوز للصغير إذا بلغ والمجنون إذا ما أفاق، أنْ يفسخ عقد الزواج، سواء أكانت بخيار الزوج أم الزوجة؛ لأنّها ناجمة عن عدم لزوم العقد بالنسبة له من أساسه وتكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً.

٣- أجاز المشرع العراقي تزويج فاقد العقل بإذن من القاضي، وذلك على وفق ما بينته المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية النافذ، وهذا الجواز لا ينفي برأينا من تطبيق أحكام خيار الإفاقة المقررة في الفقه الإسلامي.

٤- يثبت خيار الإفاقة على التراخي، فللمجنون والمجنونة إذا زوّجهم الولي بولاية الإجبار زواجا يثبت به الخيار لهم على خيارهم مطلقاً، مالم يعلنوا رغبتهم بالاستمرار أو الفسخ بصريح القول أو بطريق الدلالة بعد الإفاقة، فإذا رضوا بالزواج رضاءً صراحة أو دلالة بعد الإفاقة والعلم بالنكاح، فيلزم العقد، ولا خيار لهم بعد ذلك، وإن رفعوا الأمر إلى القاضي طالبين فسخ الزواج فقضى بفسخه، انفسخ العقد، ولا خيار لهم بعد ذلك أيضاً.

٥- لم يتبنّ المشرع العراقي ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون في منح الزوج حيث الإفاقة الخيار بفسخ الرابطة الزوجية حين الإفاقة، وإختط موقفاً متميزاً لزواج فاقد العقل، فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة السابع، فقد أجاز زواج المريض عقلياً كالمجنون، ولكنّه حصر حصول الإذن بالزواج بالقاضي فقط.

٦- نستنتج من موقف المشرّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية، أنّ المشرع العراقي لم يجز زواج المجنون والمجنونة معاً، وذلك لأنّه إشترط أن يكون الزواج بأحد الزوجين المريض عقلياً، شرط عدم الإضرار بالمجتمع، وهذا الموقف فيه دلالة واضحة على أنّ من مصلحة المجتمع أن يوجد للمجنون من يرعاه ويهتم بشؤونه، وهذا هو الذي تتحقق فيه مصلحة المجتمع، وليس العكس في حالة أن يتم الزواج بين مجنون ومجنونة، فقد يزيد الوضع سوءاً بالنسبة لهما والمجتمع على حدٍّ سواء، ولهذا يمكن أن نقول أنّ المشرع العراقي أحسن الحكم عندما اشترط هذا الشروط ، وقيّد حصول الزواج بإذن القاضي، فهو الذي يتأكد من حسن تنفيذ هذا النص، ويتحقق من المصلحة التي تثبت للمجتمع جراء القبول بهذا الزواج وإتمامه.

ثانياً// التوصيات:

١- نوصي القضاء العراقي، بالتفرقة بين فرضين حين تطبيق النصوص القانونية، في ضوء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي، حيث ينبغي التفريق بين حالتين، هي حالة جنون أحد الزوجين الذي اقترن بعقد الزواج من وقت إنشائه، نرى أنّه لا يوجد ما يمنع من إستعمال خيار الإفاقة المقرر في الفقه الإسلامي على حالة أحد الزوجين فاقد العقل الذي أفاق وعاد إليه عقله، فله الخيار في الإبقاء على الزواج أو طلب فسخه من القاضي. وأمّا الحالة الثانية، فهي طروء الجنون أو فقدان عقل أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية وبعد تمام العقد، فهنا لا يجري تطبيق الفسخ أذا ما أريد حل الرابطة الزوجية، وإنّما يجري تطبيق أحكام التفريق القضائي، بموجب أحكام المادة ٤٣/ أولا/ ٦.

٢- نوصي المشرع العراقي بالنص على أن تجب على الزوجة العدة بعد الفرقة التي تحصل بسبب الفسخ بعد خيار الإفاقة بين الزوجين. لأنّ الغرض من العدة هو براءة الرحم وهو ما يعرف بالحيض لا بالطهر، فضلا عن ذلك تطويل للمدة التي يمكن للزوجين أنْ يتراجعا ويعودا إلى الحياة الزوجية.

٣- نوصي المشرع العراقي بيثبت كل المهر الواجب للزوجة بالعقد في حالة الدخول الحقيقي، إذا دخل الزوج بزوجته استقر المهر في ذمته، وتأكد سواء أكان مهر المثل أم المهر المسمى، وسواء أكانت التسمية قبل العقد أم بعدها، لأنّ مسقطات المهر الواردة في

الكتاب والسنة كلها مقيدة بوقوعها قبل الدخول، فإذا تحقق الدخول امتنع ورود المسقطات عليه.

٤- نوصي المشرّع العراقين بجعل الدخول الحقيقي، أو موت أحد الزوجين، من مؤكدات المهر في العقد الصحيح، ولم يشر المشرع العراقي للخلوة الصحيحة باعتبارها من مؤكدات المهر، كما جعل المشرع العراقي الدخول الحقيقي بالزوجة من مؤكدات المهر في العقد الفاسد، ولكن يلزم أقل المهرين من المسمّى، أو مهر المثل إذا كان المهر مسمى، وإنْ لم يُسَمَّ للزوجة مهرٌ فلها مهر المثل.

المراجع المعتمدة

مرتبة بحسب الحروف الهجائية

أوّلاً// القرآن الكريم.

ثانياً// كتب التفسير:

أبو عبد اللّه محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الانصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥، دار عالم الكتب- الرياض، ٢٠٠٣م.

محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط١، دار الصابوني- القاهرة، ١٩٩٧م.

ثالثاً// كتب الحديث النبوي:

أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر.

أبو عبد اللّه أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج٢٩، مؤسسة قرطبة- القاهرة، بلا سنة نشر.

أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ط٣، دار الكتب العلمية – بيروت، ٢٠٠٣.

بن ماجه أبو عبد اللّه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج١، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر.

رابعاً// الكتب والمعاجم اللغوية:

ابن منظور، لسان العرب، المجلد الاول، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع، ج١ وج٣ و ج١٠.

محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهدية، بلا سنة نشر،ج٢٦.

خامساً// كتب الفقه الإسلامي:

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ط٢، دار الفكر – بيروت، ١٩٩٢م.

أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، بلا سنة نشر، ج٢.

أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، النتف في الفتاوى، ط٢، مؤسسة الرسالة- عمان، ١٩٨٤.
أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٩م.، ج٩.
أبو القاسم الخوئي، مصباح الفقاهة، ط١، مكتبة الداوري – قم، بلا سنة نشر، ج٤.
أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢ وج٣، دار الحديث- القاهرة، ٢٠٠٤م.
أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، المكتبة العصرية، بلا سنة نشر.
أبو جعفر محمد بن حسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٤، ط٢، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ١٣٨٨ه.
أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج ٣ وج١٦، دار الفكر – بيروت، بلا سنة نشر.
أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، كتاب العين، دار ومكتبة الهلال، بلا سنة طبع، ج٤.
أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلّى بالآثار، ج٩، دار الفكر – بيروت، بلا سنة نشر.
أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢٠٠٠م.
أبو محمد موفق الدين عبد اللّه بن أحمد بن محمد بن الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، ج٩، ط١، دار الفكر – بيروت، ١٤٠٥ه.
أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج٢، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٥م.
أحمد بن لؤلؤ بن عبد اللّه الرومي، أبو العباس شهاب الدين ابن النقيب الشافعي، عمدة السالك وعدة الناسك، ط١، الشؤون الدينية- قطر، ١٩٨٢م.
أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، المكتبة العلمية – بيروت، بلا سنة نشر.
الإمام أحمد المرتضى، شرح الأزهار، ج٢، مكتبة غمضان- صنعاء، اليمن، بلا سنة نشر.
أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي أبو البقاء الحنفي، الكليات، مؤسسة الرسالة- بيروت، بلا سنة نشر.
برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج١ و ج٣، ط١، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢٠٠٤م.
تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٥.

تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، مجموعة الرسائل والمسائل، ج٥، ط٢، مكتبة – القاهرة، ١٩٩٢.
الحسن بن يوسف بن علي الحلي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج٤، ط١، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، ١٤٢١ه.
زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٢ وج٣، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة نشر.
زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣ وج٤ وج٧، ط٢، دار الكتاب الاسلامي، بلا سنة نشر.
زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٩، ج١.
سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ج٤، مطبعة الحلبي- القاهرة، ١٩٥٠م.
شمس الدين أبو عبد اللّه محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، ط٣، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٢م.
شمس الدين أبو عبد اللّه محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٣، ط٣، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٢م.
شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣ وج٥، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٤م.
شمس الدين محمد بن عبد اللّه الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، ج٥، ط١، دار العبيكان، ١٩٩٣م.
عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٠.
عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٤، دار الكتاب العربي – بيروت، بلا سنة نشر.
عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج٣، المكتبة العلمية- بيروت، بلا سنة نشر.
عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، ج٢، ط١، مكتبة الفلاح- الكويت، ١٩٨٣م.
عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح العزيز شرح الوجيز، ج٨، دار الفكر – دمشق، بلا سنة نشر.
علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٨، ط٢، دار إحياء التراث العربي-بيروت، بلا سنة نشر.

علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ج٥، ط٢، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٨٦م.
كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٤، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر.
محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٩٩٤م.
محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٤ وج٥، دار المعرفة – بيروت، ١٩٩٣م.
محمد بن أحمد محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٦، دار الفكر- بيروت، ١٩٨٩م.
محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، مختصر خليل للخرشي، ج٤، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر.
محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٩٩٤م.
منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ط١، عالم الكتب، ١٩٩٦م.
منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، دار الكتب العلمية – بيروت، بلا سنة نشر.
موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجار، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة- بيروت، بلا سنة نشر، ج٤.
يحيى بن أبي الخير العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج٩، ط١، دار المنهاج- جدة، ٢٠٠٠م.
سادساً// الكتب والمراجع الحديثة:
أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الزواج والطلاق وآثارهما، العاتك- القاهرة، بلا سنة نشر، ج١.
حسن علي ذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة فواد الأول، مطبعة نهضة، مصر، ١٩٤٦.
د. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج٢، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة نشر.
د. سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط١، دار ابن حزم- بيروت، ٢٠٠٢م.
د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ وج٨ وج٩، ط٤، دار الفكر – دمشق، بلا سنة نشر.

زياد مجيد حميد، أحكام فسخ عقد الزواج، مطبعة السيماء – بغداد، ٢٠١٦.
عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، دار النشر، مصر، ١٩٥٢.
محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي – بيروت، بلا سنة نشر.
محمد الصدر، ما وراء الفقه، ج٨، ط٣، المحبين للطباعة والنشر، ٢٠٠٧.
محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط٥، مؤسسة الصادق (عليه السلام)، ١٤٢٧ه، ج٢.
محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق(عليه السلام)، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر- قم، بلا سنة نشر، ج٥.
محمد كمال الدين إمام، احكام الأسرة في الاسلام دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الطلاق والخلع وآثار الفرقة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م.
محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط٣، مطبعة السعادة- مصر، ١٩٦٦.
المحمدي أحمد أبو عيسى، اخلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية – القاهرة، ٢٠٠٤.
مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج٨.
الموسوعة الفقهية الكويتية، ط٢، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ١٤٠٤-١٤٢٧ه.
الموسوعة الفقهية؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج١ و ج٤٠، ط١، الكويت ١٩٨٨.
سابعاً// القوانين والتشريعات النافذة:
مجلة الأحكام العدلية.
القانون المدني العراق، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ المعدل.
قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدّل.
قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.

الهوامش

[١]. الموسوعة الفقهية؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج١، ط١، الكويت ١٩٨٨.ج، ص٢٧٢، وابن منظور، لسان العرب، المجلد الاول، دار المعارف، القاهرة، ج١٠، ص٣١٨، ومحمد بن محمد بن عبد الرزاق

الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهدية، بلا سنة نشر،ج٢٦، ص٣٢٥.

[٢]. ينظر: أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر – بيروت، بلا سنة نشر. ج ٣، ص٨، و أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ط١، دار الفكر – بيروت، ١٤٠٥ه. ج٩، ص٢٧١.

[٣]. رواه أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر. تسلسل الحديث ٤٤٠١.

[٤]. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة – بيروت، ١٩٩٣م، ج٤، ص٢١٨؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط٣، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٢م، ج٣، ص٤٢٧؛ الشافعي، الأم، ج٦، ص٥٧؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج٧، ص٣٨٩.

[٥]. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، ط١، دار العبيكان، ١٩٩٣م، ج٥، ص٩٠.

[٦]. ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج٧، ص٤٠؛ وكذلك أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٩م.، ج٩، ص١٣١.

[٧]. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، المرجع السابق، ص٣٧٩.

[٨]. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار الكتاب الاسلامي، بلا سنة نشر، ج٣، ص١٢٧.

[٩]. أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٥م، ج٢، ص١٠.

[١٠]. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، المرجع السابق، ص٥١ وما بعدها.

[١١]. محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق(عليه السلام)، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر- قم، بلا سنة نشر، ج٥، ص٢٣٥.

[١٢]. يحيى بن أبي الخير العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط١، دار المنهاج- جدة، ٢٠٠٠م. ج٩، ص٢١١و٢١٢.

[١٣]. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٠، ج١، ص٨٣؛ وكذلك زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٩، ج١، ص ٧٢-٧٣.

[١٤]. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ط٣، دار الكتب العلمية – بيروت، ٢٠٠٣، ج٦، ص١١٤، حديث رقم (١١٣٨٥).

[١٥]. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة فواد الأول، مطبعة فضة. مصر، ١٩٤٦، ص٧٢.

[١٦]. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، مجموعة الرسائل والمسائل، ط٢، مكتبة – القاهرة، ١٩٩٢، ج٥، ص٢٦٨.

[١٧]. نصت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أن:

١ – في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته...".

١٨. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، دار النشر. مصر، ١٩٥٢، ص٦٩٣.

١٩. حسن علي ذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص٣٢-٣٣.

٢٠. د. المحمدي أحمد أبو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية – القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٨.

٢١. ألغيت الفقرة (١) من المادة (٧) وحلّ محلّها هذا النص قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.

٢٢. القاضي زياد مجيد حميد، أحكام فسخ عقد الزواج، المرجع السابق، ص٤١ وما بعدها.

٢٣. محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط٢، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٩٩٤م.ج٢، ص٢٢٠.

٢٤. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج٣، ص١٢٠.

٢٥. برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ط١، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢٠٠٤م، ج٣، ص٤٤.

٢٦. المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية.

٢٧. ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر، ج١، ص٦٠٢، باب استئمار البكر والثيب، حديث رقم (١٨٧٢)؛ وكذلك أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة- القاهرة، بلا سنة نشر، ج٢٩، ص٢٦٠، حديث رقم (١٧٧٢٢).

٢٨. المحيط البرهاني، ج٣، المرجع السابق، ص٤٤.

٢٩. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ط١، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢٠٠٠م، ج٥، ص٩٧.

٣٠. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، كتاب العين، دار ومكتبة الهلال، بلا سنة طبع، ج٤، ص٢٠٢.

٣١. الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج٧، ص٣١٩، باب فسخ.

٣٢. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت، بلا سنة نشر، ج٢، ص٤٧٢.

٣٣. أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٨٦، ج٥، ص٢٨٢.

٣٤. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٠، ص٢٨٧.

٣٥. عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح العزيز شرح الوجيز، دار الفكر – دمشق، بلا سنة نشر، ج٨، ص٣١٧.

٣٦. عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي – بيروت، بلا سنة نشر، ج٤، ص٨٨.

٣٧. السيد أبو القاسم الخوئي، مصباح الفقاهة، ط١، مكتبة الداوري – قم، بلا سنة نشر، ج٤، ص٩٨.
٣٨. محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط٣، مطبعة السعادة- مصر، ١٩٦٦، ص٢٤٢.
٣٩. د. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الزواج والطلاق وآثارهما، العاتك- القاهرة، بلا سنة نشر، ج١، ص١٨٦.
٤٠. د. محمد كمال الدين إمام، احكام الأسرة في الاسلام دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الطلاق والخلع وآثار الفرقة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م، ص٤٣-٤٤.
٤١. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر، دمشق، بلا سنة نشر، ج٤، ص٣١٥٣.
٤٢. إلا إذا كانت الفرقة بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام فإنّ الطلاق يقع في العدة عند الحنفية طلاق زجر وعقوبة، ... ، د. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص٣١٥٣.
٤٣. د. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص٣١٥٣.
٤٤. تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٥، ج١، ص٦٩.
٤٥. القاضي زياد مجيد حميد، أحكام فسخ عقد الزواج، مطبعة السيماء – بغداد، ٢٠١٦، ص٤٣-٤٤.
٤٦. ألغيت الفقرة (١) من المادة (٧) وحلّ محلّها هذا النص قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.
٤٧. العِدَّة في اللغة: بكسر العين من الفعل عدّ وهو إحصاء الشيء، عَدّه يعدّه عدًا وتعدادا وعدة وعدده بمعنى أحصاه وأعدده... ابن منظور، لسان العرب، ج٣، ص٢٨١، مادة (عدّ)؛ الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ٣٩٦؛ الرازي.
٤٨. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ط٢، دار الفكر – بيروت، ١٩٩٢م، ص٥٠٣؛ الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج٣، المرجع السابق، ص٨٠.
٤٩. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، مختصر خليل للخرشي، ج٤، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر، ص١٣٦؛ وكذلك الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، المرجع السابق، ص١٤٠.
٥٠. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٤م، ج٥، ص٧٥؛ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ج٤، مطبعة الحلبي- القاهرة، ١٩٥٠م، ص٤١.
٥١. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، دار الكتب العلمية – بيروت، بلا سنة نشر، ص٤١١؛ موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجار، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة- بيروت، بلا سنة نشر، ج٤، ص١٠٨.
٥٢. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٤، دار الفكر- بيروت، بلا سنة نشر، ص٣١١.
٥٣. الآيسة: هي أنْ تبلغ من السن ما لا يحيض مثلها، فإذا بلغت هذا السن وانقطع دمها يحكم ببأسها... ينظر: البخاري، المحيط البرهاني، ج١، المرجع السابق، ص٢١٢.
٥٤. الصغيرة: هي التي دون البلوغ، ولم تحض، وتكون على الأرجح تسع سنوات. ينظر: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٣، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة نشر، ص٣٩١؛ ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٤، المرجع السابق، ص١٤١.
٥٥. سورة الطلاق: جزء من الآية (٤).

٥٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، المرجع السابق، ص١٩٧؛ وأبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، دار الحديث- القاهرة، ٢٠٠٤م، ص١١٢؛ والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٥، المرجع السابق، ص٨٤؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، ج١١، المرجع السابق، ص١٩٤؛ الحسن بن يوسف بن علي الحلي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ط١، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، ١٤٢١ه، ج٤، ص١٥٨.

٥٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، المرجع السابق، ص٢٠٤؛ الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، المرجع السابق، ص٣٦؛ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، بلا سنة نشر، ج٢. ص٤٤٥؛ ابن قدامة المقدسي، ج٨، المرجع السابق، ص١٢٦؛ المرتضى، شرح الأزهار، ج٢، المرجع السابق، ص٣٧٦.

٥٨. سورة البقرة: جزء من الآية (٢٣٥).

٥٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، المرجع السابق، ص٢٠٤.

٦٠. ابن منظور، لسان العرب، ج١، المرجع السابق، ص٧٥٥، مادة (نسب)؛ الفيومي، المصباح المنير، ج٢، المرجع السابق، ص٦٠٢.

٦١. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، النتف في الفتاوى، ط٢، مؤسسة الرسالة- عمان، ١٩٨٤، ص٢٥٣.

٦٢. عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٦، المرجع السابق، ص١١٤.

٦٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، المرجع السابق، ص٣٠٤.

٦٤. عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، ط١، مكتبة الفلاح- الكويت، ١٩٨٣م، ج٢، ص٥٥.

٦٥. السيد محمد الصدر، ما ورآء الفقه، ج٨، ط٣، المحبين للطباعة والنشر، ٢٠٠٧م، ص٥١٦.

٦٦. أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي، أبو العباس شهاب الدين ابن النقيب الشافعي، عمدة السالك وعدة الناسك، ط١، الشؤون الدينية- قطر، ١٩٨٢م، ص٢٢٤.

٦٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، المرجع السابق، ص ٣٣٥؛ النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٧، المرجع السابق، ص ٤٢٩؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٤٠، المرجع السابق، ص٢٣٦.

٦٨. أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي أبو البقاء الحنفي، الكليات، مؤسسة الرسالة- بيروت، بلا سنة نشر، ص١٦٠.

٦٩. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧، المرجع السابق، ص٥٦.

٧٠. د. مصطفى الخن، د. مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج٨، المرجع السابق، ص٢٣٧.

٧١. سورة آل عمران: جزء من الآية (٨١).

٧٢. السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٢، المرجع السابق، ص٢٨٧.

٧٣. ينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٨، المرجع السابق، ص٦١٢٣.

٧٤. أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، المكتبة العصرية، بلا سنة نشر، ص٤١.

٧٥. ينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٨، المرجع السابق، ص٦١٢٣.

٧٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، المرجع السابق، ص٢٧٤؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، المرجع السابق، ص٤٥؛ الشافعي، الأم، ج٥، المرجع السابق، ص١٧٠؛ أبو جعفر محمد بن حسن الطوسي، المبسوط

في فقه الإمامية، ج٤، ط٢، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ١٣٨٨ه، ص٢٧١؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج٩، دار الفكر – بيروت، بلا سنة نشر، ص٥٩؛ ونقل الإجماع ابن قدامة في المغني حيث قال:" وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح"، ينظر: المغني، ج٧، المرجع السابق، ص٢٠٩.

٧٧. سورة النساء: جزء من الآية (٢٥).

٧٨. سورة النساء: جزء من الآية (٤).

٧٩. سورة النساء: جزء من الآية (٢٤).

٨٠. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط١، دار الصابوني- القاهرة، ١٩٩٧م، ص٢٤٧؛ وكذلك أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الانصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥، دار عالم الكتب- الرياض، ٢٠٠٣م، ص٢٤.

٨١. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، المرجع السابق، ص٢٩١؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، المرجع السابق، ص٢٢؛ النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٦، المرجع السابق، ص٣٤٥؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الإرادات، ط١، عالم الكتب، ١٩٩٦م، ج٣، ص٧٦؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي – بيروت، بلا سنة نشر، ص٢١٧.

٨٢. سورة البقرة: جزء من الآية (٢٣٧).

٨٣. الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج٢، المرجع السابق، ص٥٩٨.

٨٤. الخلوة الصحيحة: هو أنْ يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يتمكنان فيه من التمتع الكامل، بحيث يأمنان دخول أحد عليهما، وليس بأحدهما مانع طبيعي، أو حسي، أو شرعي يمنع من الاستمتاع. ينظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، المرجع السابق، ص٦٨٠٢.

٨٥. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ، دار المعرفة – بيروت، ١٩٩٣م .ج٥، ص١٤٩.

٨٦. النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٦، المرجع السابق، ص٣٤٧.

٨٧. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط٢، دار إحياء التراث العربي-بيروت، بلا سنة نشر. ج٨، ص٢٨٣؛ البهوتي، منتهى الإرادات، ج٣، المرجع السابق، ص٢١-٢٢.

٨٨. النساء: من الآية (٢١).

٨٩. البهوتي، منتهى الإرادات، ج٣، المرجع السابق، ص٢١.

٩٠. المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٥، المرجع السابق، ص١٨٥.

٩١. النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٦، المرجع السابق، ص٣٤٧.

٩٢. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط٥، مؤسسة الصادق (عليه السلام)، ١٤٢٧ه، ج٢، ص٣٤٨.

٩٣. سورة البقرة: جزء من الآية (٢٣٧).

٩٤. د. سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط١، دار ابن حزم- بيروت، ٢٠٠٢م، ص٤٧٣.

٩٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، المرجع السابق، ص١٩١؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، المرجع السابق، ص٢٤٤.

٩٦. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣، المرجع السابق، ص١٥٤؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، المرجع السابق، ص٢٣؛ والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٢، المرجع السابق، ص٤٦٧.

٩٧. سورة البقرة: جزء من الآية (٢٣٧).

٩٨. الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج٢، المرجع السابق، ص٦٠٠.
٩٩. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص٣٨٤.
١٠٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، المرجع السابق، ص٢٢.
١٠١. بحسب أحكام المادة ٤٥ من القانون النافذ، حيث يعتبر التفريق طلاقاً بائنا بينونة صغرى.